



PRISCILA ESTEVO DE OLIVEIRA

**TEORIA DO GARANTISMO E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL**

Ji-Paraná,
2019.

PRISCILA ESTEVO DE OLIVEIRA

**TEORIA DO GARANTISMO E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL**

Artigo apresentado no Curso de graduação em Direito, ao Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Antônio Duarte Silva.

Ji-paraná,
2019.

O49t

Oliveira, Priscila Estevo de

Teoria do garantismo e a produção de provas no processo penal / Priscila Estevo de Oliveira. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019

39 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof. Marcos Antônio Duarte Silva

1. Garantismo. 2. Poder. 3. Judiciário. 4. Provas. 5. Processo. I. Silva, Marcos Antônio Duarte. II. Teoria do garantismo e a produção de provas no processo penal.

CDU **343.14**

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães CRB 11/1091

PRISCILA ESTEVO DE OLIVEIRA

**TEORIA DO GARANTISMO E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL**

Artigo apresentado à Banca Examinadora
do Centro Universitário São Lucas, como

requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Antônio Duarte Silva.

Ji-paraná, _____ de _____ de 2019.

Resultado: _____.

Avaliadores

_____	_____
Titulação e Nome	Instituição
_____	_____
Titulação e Nome	Instituição
_____	_____
Titulação e Nome	Instituição

TEORIA DO GARANTISMO E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL ¹

Priscila Estevo de Oliveira²
Prof. Marcos Antônio Duarte Silva³

¹ Artigo apresentado ao Curso de Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas como pré-requisito para conclusão do curso, e obtenção do Título de Bacharel em Direito sob orientação do professor Prof. Marcos Antônio Duarte Silva.

² Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2019. Email: priestevo@hotmail.com

³ Professor orientador do artigo. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP, 2012, Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie) 2006, Teólogo, Bacharel em Teologia, pesquisador pela PUC/SP e da CNPq.

RESUMO: O artigo apresentado objetiva-se desenvolver uma análise jurídica acerca da teoria do garantismo e a produção de provas no Processo Penal. Para chegar as conclusões apresenta-se inicialmente conceitos acerca do garantismo de Luigi Ferrajoli, sendo um entendimento que postula pelo o dever de minimizar a institucionalização do Estado, onde tanto direitos fundamentais como deveres do Estado, devem ser observados de maneira rígida ante as previsões Constitucionais. O estudo segue abordando o garantismo e o Estado constitucional com enfoque no Estado Democrático de Direito, contrapondo-se a um Estado absoluto. Passando a existir como um Estado responsável em assegurar de forma efetiva os direitos e garantias individuais aos seus cidadãos. O Poder Judiciário como o responsável pelas ações penais, é o que também deve zelar pela observação dos direitos e garantias individuais. Após esta abordagem faz-se uma análise sobre as provas e suas características no Direito Processual, com enfoque nas provas ilícitas, ilegítimas e antecipadas. O estudo fecha apresentando o efeitos que a não aceitação da teoria garantista no processo penal possa trazer, incluindo um maior desequilíbrio processual (mais do que o já existente) e o cometimento de inúmeras arbitrariedades por parte do Estado.

Palavras-chave: Garantismo. Poder. Judiciário. Provas. Processo.

THEORY OF GUARANTEE AND THE PRODUCTION OF EVIDENCE IN THE PENAL PROCESS

ABSTRACT: The article presented here aims to develop a legal analysis about the theory of garantism and the production of evidence in the Criminal Procedure. In order to arrive at the conclusions, it is presented initially concepts about the guarantee of Luigi Ferrajoli, being an understanding that postulates by the duty to minimize the institutionalization of the State, where both fundamental rights and duties of the State, must be observed rigidly before the Constitutional predictions. The study continues approaching the garantismo and the constitutional State with focus in the Democratic State of Right, being opposed to an absolute State. It comes to exist as a responsible State in ensuring effectively the rights and individual guarantees to its citizens. The Judiciary as the person responsible for criminal prosecution is also responsible for observing individual rights and guarantees. After this approach is made an analysis on the evidence and its characteristics in the Procedural Law, focusing on the illegal, illegitimate and anticipated evidence. The study closes presenting the effects that the non-acceptance of the guarantor theory in the criminal process can bring, including a greater procedural imbalance (more than the existing one) and the commitment of numerous arbitrariness on the part of the State.

Keywords: Garantismo. Power. Judiciary. Evidences. Process.

1 INTRODUÇÃO

Consagrada pelo constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 ergue-se paralela aos antigos regimes totalitários da segunda metade do século XX. Este modelo republicano democrático apresenta entre outras muitas mudanças, um modelo de justiça fundado na limitação do poder punitivo Estatal. Havendo também a observação dos direitos e garantias dos indivíduos, sendo limitantes a arbitrariedade estatal.

Deste modo a Constituição Federal de 1988, consolidou o que chamamos de “Estado Democrático de Direito”, adotando o sistema acusatório em contraponto ao

antigo sistema inquisitorial. Separando assim a figura do acusador da figura do julgador. De um lado a Promotoria/Ministério Público e do outro o Juiz.

Dentre os muitos Direitos estipulados pela Constituição Federal de 1988 estão à saúde, à previdência social, à assistência social e à moradia. Paralelo a estes, mas não menos importantes o direito à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, à presunção de inocência, entre outros. Desde a vigência da Lei Maior exige-se a efetiva irradiação de tais direitos, considerados como fundamentais em todas as relações jurídicas.

Ao Poder Judiciário é o conferido o papel de aplicador de tais preceitos normativos a cada caso concreto. Há portanto, a possibilidade de suprir omissões inconstitucionais deixadas pelo Legislativo, de maneira razoável, sempre que se tratar de direitos sociais.

É importante salientar que a doutrina não é uníssona em separar as funções de acusar e julgar, havendo controvérsias. Como também muitos não acreditam ser satisfatória para se garantir um sistema acusatório, havendo necessidade de se atentar para a questão da gestão da prova no processo judicial, visto que no ordenamento jurídico brasileiro é tarefa do Poder Judiciário, sob a esfera interpretativa, como também a possibilidade de produção de provas pelo juiz, *ex officio*.

Em contrapartida a referida gestão de prova, levanta questões que relacionam ao antigo sistema inquisitivo, como sendo uma de suas características.

Surge aqui o que chamamos na doutrina de Teoria do Garantismo. Proposta por Luigi Ferrajoli, na obra “Diritto e Ragione”. Trata-se de uma produção caracterizada por axiomas, que se apresenta como um freio epistemológico para a atuação descomedida do estado na liberdade do cidadão, devendo utilizar o seu poder punitivo como medida de *ultima ratio*.

Todavia a prática jurídica demonstra que nem sempre o Poder Judiciário age de forma regular e equilibrada do que concerne a adjudicação de direitos individuais do indivíduo no caso concreto. Estas irregularidades, se apresentam de maneira muito prejudicial ao acusado, podendo se falar até em uma insegurança jurídica, visto que em muitos casos torna-se impossível a previsibilidade dos julgamentos de casos parecidos.

É presente a objeção da separação entre o espaço legítimo de interpretação e o poder de verificação fática jurídica. Nessa perspectiva o presente artigo tem por

objetivo, analisar a produção de provas no processo penal brasileiro à luz da teoria do garantismo penal, através da evolução histórica da constitucionalização das garantias penais e do entendimento do funcionamento do instituto dos elementos legais da produção de provas e, por fim, apontar quais os efeitos da não concretização do direito de garantias dos indivíduos contra a arbitrariedade estatal.

Concluindo que é imprescindível analisar detalhadamente o espaço interpretativo conferido a atividade judiciária no Brasil, especificamente no que tange as regras de produção de provas no processo penal, haja vista a vulnerabilidade do acusado.

2 O Garantismo de Luigi Ferrajoli

Depois de muitos regimes de governo e períodos pautados pelo autoritarismo, a sociedade paulatinamente foi estabelecendo uma nova visão social, política e jurídica. A partir da década de 1990 começaram a surgir entendimentos que primavam pela aplicação e observação de garantias aos indivíduos. Fundamentado nessas novas movimentações sociais e teóricas, como também nas garantias fundamentais dos cidadãos, o legislativo e judiciário não mais poderiam deixar de observar e aplicar tanto aos dispositivos legais como a jurisprudência estes entendimentos, devendo estar estes de acordo com a Constituição democrática.

Nesse contexto surge o jurista italiano Luigi Ferrajoli, que através de sua obra *Direito e Razão* publicada em 1990, apresenta como inovação ao cenário a “Teoria do Garantismo”. Trata-se de um entendimento que postula pelo o dever de minimizar a institucionalização do Estado, onde tanto direitos fundamentais como deveres do Estado, devem ser observados de maneira rígida ante as previsões Constitucionais.

Sob a perspectiva do Direito Penal e Direito Processual Penal não se trata de somente uma estrita legalidade. Deve-se primar por observar que a teoria acima mencionada está fundamentada numa ótica de direito próprio de um Estado Social e Democrático. Onde o investigado ou até mesmo o réu, diferentemente do que ocorria anteriormente, é considerado como sujeito de direitos, e não mais como um objeto de perseguição penal.

Sob este novo entendimento, o poder julgador (Poder Judiciário) não deve somente decidir com base exclusiva ao que está descrito na Lei Penal e Processual Penal, deve sim observar *prima face* aos termos da Constituição Federal de 1988.

A teoria supra portando, fundamenta-se na estruturação de dez axiomas fundamentais que constituem dentre outras, tanto as garantias penais, quanto as garantias de ordem processual penal. Tais axiomas propostos por Luigi Ferrajoli elo constituem de fato como diretrizes do que deveria de fato ocorrer em um sistema de persecução penal. Trata-se de orientações prescritivas, de modo que não se confunda como concessão para punir ou até mesmo com o dever de punir, mas sim como uma premissa necessária ao ver deste estudo como o qual não se pode punir.

Luigi Ferrajoli explica que a função das garantias representadas pelos axiomas propostos:

na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Precisamente porque “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade” designam requisitos ou condições penais, enquanto “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” designam requisitos ou condições processuais, os princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão garantias penais, e os exigidos para os segundos, garantias processuais (2002, p.).

Os principais axiomas que fundamentam o garantismo penal e seus respectivos princípios são: 1) não há pena sem crime, princípio da retributividade ou da consequencialidade; 2) Não há crime sem lei, princípio da legalidade; 3) não há lei penal sem necessidade, princípio da necessidade ou da economia (Direito Penal); 4) não há necessidade sem ofensa à um bem jurídico, princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) não ofensa ao bem jurídico sem ação, princípio da materialidade; 6) não há ação sem culpa, princípio da culpabilidade; 7) Não há culpa sem processo, princípio da jurisdicionalidade; 8) não há processo sem acusação, princípio acusatório ou da separação (juiz e acusação); 9) não há acusação sem prova, princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) não há prova sem defesa, princípio do contraditório.

Resumidamente, estes axiomas inferem que não se pode condenar e aplicar a respectiva pena a um indivíduo sem que antes haja expressa previsão legal, e que esta esteja devidamente compatível com o ordenamento constitucional jurídico vigente. Para os defensores de tal doutrina o Direito Penal deve ser acionado como medida de *ultima ratio*, na solução de conflitos, ou seja, o mesmo deve ser acionado quando se exaurir todos os demais meios possíveis. Ademais, deve-se observar a efetiva lesão ou ofensa ao bem jurídico tutelado para que tal ato seja criminalizado, conseqüentemente há que se observar a convicta prova de culpabilidade do agente

que praticou o ato (considerado criminoso), sendo impossível sua responsabilização no caso de restarem as chamadas dúvidas razoáveis.

No que diz respeito a imposição da pena, a mesma somente poderá ser aplicada por quem esteja investido de jurisdição, e também segundo as competências estipuladas pela Lei Maior. De modo que sempre o julgador deverá ser pessoa distinta do acusador. Além disso a obrigação de provar a responsabilidade criminal do agente é sempre do acusador e, finalizando, sempre será conferido ao réu o direito ao contraditório e à ampla defesa, além do poder de refutar as acusações.

Através da teoria que consagra o garantismo, pode-se entender sob três aspectos. Estas se correlacionam e se conceituam a partir de três vertentes: a primeira como um modelo normativo de Direito; a segunda como uma teoria crítica do Direito; e a terceira como uma filosofia política.

Na primeira existem aqueles que a visualizam como uma vinculação da norma imposta ao poder do Estado em razão da garantia dos direitos dos indivíduos. No modelo normativo vem funcionando como um modelo a ser seguido, no intuito de minimizar a violência e maximizar a liberdade.

Na segunda vertente, sobre os aspectos da teoria crítica do Direito, se relacionada com as normas vigentes e com a realidade fática, de modo a identificar antinomias do Direito. Cite-se o entendimento de que o juiz não está obrigado juridicamente a aplicar as leis que se apresentam incompatíveis com o ordenamento constitucional, ainda que vigentes.

A terceira e última face dada por Ferrajoli é a de que o garantismo é uma filosofia política no sentido de que não é suficiente uma justificação jurídica apenas pelo Estado ao Direito, sendo fundamental que haja uma justificação ético-política, dirigindo-se a separação entre direito e moral segundo o que preconiza os bens jurídicos tutelados e seus interesses, onde a garantia constitui a finalidade das referidas tutelas.

Cite-se Ferrajoli ensinando que,

(...)o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de

ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes (2002, p. 788).

Ao ver deste estudo não há se escolher uma vertente, pois as três se complementam e formam o sentido geral do garantismo, tal qual, seja a vinculação do poder público ao Estado democrático de direito, a observação das diferenças entre validade e vigência, e a separação entre a visão ético-política da visão jurídica bem como a equivalente divergência entre justiça e validade.

Sobre a vertente de modelo normativo de direito Ferrajoli ensina com base na teoria garantista,

A tipologia dos sistemas punitivos, que se desenvolverá aqui mediante subtrações sucessivas de axiomas garantistas do sistema de legalidade estrita SG, não tem pretensões de exaustividade. Logicamente, na realidade, de SG se podem subtrair um ou mais axiomas quaisquer e originar, assim, uma quantidade inumerável de sistemas penais de diversas espécies. Na prática, contudo, o número destes sistemas se reduz notavelmente se se considerar que muitas das garantias pressupõem outras, na falta das quais elas também sucumbem ou, em todo caso, resultam debilitadas. A ligação é particularmente estreita entre os axiomas A1-A6, que enunciam as garantias penais, e entre os axiomas A7-A10, que enunciam as garantias processuais. (2002, p.78)

Portanto entende-se que o garantismo é uma forma de assegurar a liberdade dos cidadãos frente aos possíveis arbítrios do Estado. Isto porque o modelo normativo apresentado poderia se entender como o próprio Estado, o que seria um risco ao Estado Democrático de Direito, visto que somente Estados com Constituições rígidas possuem limites formais e materiais ao poder institucionalizado, o que não é o caso do Brasil e do ordenamento jurídico vigente.

Ferrajoli (2002) não desconta na falta de punibilidade institucional e sim na defesa da chamada “estrita legalidade” entre normas infraconstitucionais e constitucionais, com diretrizes em um Estado mínimo, alcançando-se a maior proteção ao indivíduo social, afastando deste modo o poder autoritário do Estado e desequilibrado.

Começa-se a inferir que o modelo Garantista de Luigi Ferrajoli entende que deve-se criar um direito penal mínimo, contra ao abuso do direito de punir, e contra o abolicionismo, visto que não patrocina a ausência de regras, pelo contrário, a observação das mesmas. Pode-se até mesmo se afirmar que este modelo é um meio termo de dois extremos, onde de um lado se encontra o abolicionismo e do outro o direito penal máximo.

Quanto o autor defende o chamado direito penal mínimo, está idealizando a máxima limitação do poder estatal frente a maior liberdade dos indivíduos tutelados pelo Estado, num ideal de “racionalidade e de certeza”. De certa forma como um contraponto ao direito penal máximo que seria dubitável e incongruente.

Em contrapartida o direito penal máximo, tem por características a incerteza e imprevisibilidade das condenações e de suas penas. Estas características dificultam significativamente a qualificação do delito, visto que se dá na falta de determinações rígidas, como também no risco de durante a fase de investigação inquisitiva na busca por verdades substanciais, depare-se com um cenário onde predomine opiniões subjetivas dos julgadores.

É, portanto, um sistema que cria obstáculos ao controle, haja vista estar à mercê dos parâmetros de justiça e equidade dos julgadores.

Em contrapartida ao Direito Penal Máximo e, dentro do modelo teórico garantista, é outorgado o resguardo incondicional de direitos fundamentais aos cidadãos, quando os mesmos estão na tutela de uma persecução penal, contrapondo ao arbítrio punitivo do Direito Penal Máximo. Nestes termos Luigi Ferrajoli argumenta,

Podemos, neste ponto, redefinir os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito -, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão. É esta sua igualdade e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da pessoa humana que consente em identificar-lhes a soma com a esfera da tolerância e as suas violações com a esfera do intolerável (2006, p.836).

A partir da concepção garantista, os direitos fundamentais do indivíduo são colocados em uma posição superior aos demais direitos inerentes aos mesmo. Podendo-se afirmar até mesmo que os Direitos e Garantias fundamentais são a base da sociedade constitucional e democrática.

Neste diapasão, e na esfera do Direito Penal e Direito Processual Penal, necessário se faz segundo Ferrajoli (2014, p. 844), “[...] submissão à jurisdição: para que as lesões aos direitos fundamentais sejam liberais ou sociais, sejam sancionadas e removidas é necessário que tais direitos sejam, adjudicáveis, ou seja, acionáveis em juízo”.

Pode-se com base nestes argumentos aqui apresentados afirmar que o conceito de garantismo está vinculado a tornar efetivamente seguros os direitos individuais listados por normas estatais, através da positivação jurídica, ou seja, a garantia se encontra na estrita legalidade praticada no ordenamento jurídico.

Esta teoria do garantismo objetiva portanto a criação de instrumentos jurídicos que possam proteger os cidadãos do poder conferido ao Estado, e das possíveis arbitrariedades do mesmo.

O prefácio da obra de Ferrajoli, *Direito e razão*, há importantes considerações realizadas por Norberto Bobbio, apresentando o interesse da teoria,

(...)elaboração de sistema geral do garantismo jurídico ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder (2002, pg. 7).

Verifica-se na Teoria do Garantismo que a mesma fundamenta-se na premissa de que a mesma não está ligada somente a legalidade estrita, e sim na efetividade de um Estado Democrático de Direito.

3 Garantismo e o Estado constitucional

Tanto o Estado como a constitucionalização de direitos fundamentais do homem não são um fenômeno recente. Antes das declarações de direitos, a sociedade primitiva não se sujeitava a nenhum tipo de subordinação de poder, seja ele social ou política, mesmo antes da existência de bens ou de propriedades, tudo era de todos e o poder era interno dentro daquela sociedade. O homem neste momento histórico estava subordinado ao meio natural, buscando através de invenções e descobertas se sobressair, para melhor viver, prover melhores condições a sua família.

Depois do surgimento do sistema de apropriação privada, e com a evolução da sociedade, inicia-se as relações de subordinação, onde o proprietário se impõe sob aquele que se relaciona com a propriedade. Desta relação surge uma força Estatal em regular e respaldar o sistema, e conseqüentemente, as declarações de direitos e deveres.

Importantes considerações sobre a evolução das declarações de direitos fundamentais são feitas por José Afonso da Silva,

Certo é que, no decorrer desta evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaboradas, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Publicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar Interdictio de Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do Habeas Corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade. Não nos iludamos, contudo, porque essas medidas tinham alcance limitado aos membros da classe dominante, mas em Atenas, já se lutava pelas liberdades democráticas (2005, p. 150).

Assim, pode-se afirmar que as primeiras garantias a integridade do homem, estavam bastantes limitadas a quem detinha algum poder social.

Partindo para a realidade brasileira após um período onde não se falava em direitos e garantias individuais indisponíveis, houve o chamado movimento de redemocratização do país, onde se consolidou, através do advento da Constituição Federal de 1988, chamada popularmente por Constituição Cidadã, pelo então presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães.

Com este texto surgem os entendimentos nacionais de Estado Democrático de Direito, contrapondo-se a um Estado absoluto. Passando a existir um Estado responsável em assegurar de forma efetiva os direitos e garantias individuais aos seus cidadãos.

Partindo para esta perspectiva o Garantismo de Ferrajoli se correlaciona aos preceitos de um Estado Democrático de Direito, ao passo que prima pelas observações das garantias jurisdicionais no decorrer de um processo penal. Buscando proteger os direitos e garantias fundamentais individuais, sob o entendimento que tais mecanismos processuais possam trazer aos indivíduos em caso concreto maior segurança jurídica.

Nestes termos as lições de José Afonso da Silva acerca do conceito de democracia são bastante interessantes para contextualizar a questão,

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação de um povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história (2005, p. 125).

Pode-se entender assim, que a democracia é considerada como princípio fundamental e estruturante da Constituição Federal de 1988. Além disso é um direcionador das práticas jurídicas contemporâneas.

O Estado e suas formas de poder foram se desenvolvendo de forma lenta, acompanhando a própria evolução da sociedade, sofrendo ao longo do tempo inúmeras mudanças, e obtendo inúmeras conquistas no campo do Direito. Atravessou-se épocas bastante sofridas principalmente nos regimes de totalitarismo e autoritarismo. Foram a duras penas que chegamos ao denominado Estado Democrático de Direito que, diferentemente dos regimes anteriores, surge de uma adesão geral e de uma ideia espontânea da necessidade de que o Estado seja constituído pelo próprio povo. Seja de forma direta ou indireta.

Neste sentido o Estado Constitucional, fundamentado na democracia, atuante como um instrumento de tutela das liberdades fundamentais, bem como nas relações processuais, está fortemente vinculado ao Sistema Garantista de Ferrajolli, haja vista o objetivo de participação de todos os atingidos em uma relação processual, sob o prisma do constitucionalismo e da soberania popular.

Nesse sentido é importante salientar que a Constituição Federal é considerada como parâmetro e preceito máximo sobre todas as demais ordens institucionalizadoras, colocando sob seus preceitos até mesmo os fazedores de leis (legislador). Este texto maior não permitindo aos poderes Estatais de atuarem de forma conflituosa com o conteúdo disposto nas normas da constituição. Nesse sentido a sua não observância resultaria em insegurança jurídica, visto que a partir disso se dá o desvio da própria democracia e do Estado Democrático de Direito.

Desde 1988 o Estado brasileiro passou por uma mudança de legislativo à constitucional onde o poder normativo da Constituição, passa a fazer parte de um modelo de juridicidade superior, vinculante e indisponível, de modo principiológico, a todos os poderes Estatais.

Nessa perspectiva é mister apresentar o conceito de rigidez da constituição no entendimento de Canotilho, visto que é uma das principais características da constituição em comento, de modo que tal aspecto se apresenta de suma importância e relevância,

Doutrinalmente, designa-se por rigidez constitucional justamente a existência de limites à revisão constitucional, que distinguem a alteração da lei fundamental em relação à alteração das demais leis. E o que sucede

com a CRP, tal como, de resto, com a quase totalidade das constituições contemporâneas vigentes. A rigidez constitucional acresce à supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas. A Constituição não só não pode ser infringida por qualquer outra norma, como também não pode ser livremente alterada. Por isso, além de se acrescentar ao princípio da primazia, a rigidez constitucional reforça-o, pois o poder legislativo não só tem de respeitar a Constituição, como também não pode alterá-la, livremente e em qualquer momento (1991, p. 289).

Dando segmento a argumentação, percebe-se que as normas constitucionais são a base do ordenamento jurídico, compostas de dispositivos essenciais para a definição das relações entre os indivíduos, e dos indivíduos e o Estado. Consequentemente, trata-se de um conjunto de normas que orientam e definem o Estado.

O conceito de Alexandre de Moraes a respeito da natureza jurídica das normas que disciplinam as garantias fundamentais é bastante oportuno:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras do direito e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo mandado de injunção e iniciativa popular). (2003, pg. 61)

Nota-se que a positivação dos princípios básicos ao indivíduo, ao passo em que se elevam os direitos fundamentais e sociais ao escalão de direitos constitucionais, implicando o entendimento que cada indivíduo é possuidor de direitos, de dignidade e identidade enquanto cidadão. Acredita-se portanto que somente assim, somente através da garantia pessoal se pode fazer valer as delimitações e declarações contidas na constituição, de modo que a garantia por meio de sistemas específicos ou de instituições concretas são percebidas socialmente como forma de sustentação de um sentimento de respeito a esses valores inerentes ao indivíduo.

Pode-se concluir que os Direitos Fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 são, sem dúvidas, o alicerce do Estado Democrático de Direito. E sob estes fundamentos entende-se que a legitimidade do governo está na inserção dos referidos Direitos através de mecanismos de legalidade, que trabalhem a favor

do indivíduo como instrumento de valor buscando concretizar os novos valores fundamentais constituídos.

Não se pode em contrapartida banalizar tais direitos, ou seja, seguir os preceitos constitucionais e aplicar seus princípios, bem como objetivar atingir os valores morais, tais como a liberdade, dignidade, igualdade e justiça social, não pode significar agir como se quer em nome de ser uma boa causa. É preciso muita atenção quanto a interpretação principiológica da Lei Maior, haja vista a possibilidade de abertura ao denominado “relativismo” no momento da aplicação das normas.

Ainda que a discricionariedade do juiz seja um elemento bastante oportuno, e este estudo concorda com o mesmo, além de estar presente no atual ordenamento jurídico brasileiro, de certo, pois em inúmeros dispositivos legais se faz necessário interpretação frente da falta de clareza das letras puras da Lei, de forma que não se pode permitir que os intérpretes atuem segundo suas próprias convicções do que se trata a essência do princípio.

Quando a Constituição Federal de 1988 passa a se preocupar com a defesa social e constitui um sistema de direitos e garantias individuais, pode se verificar que ocorre um rompimento com as aspirações autoritárias do Código de Processo Penal. Nesse sentido o processo penal passa a ser um instrumento de garantia do cidadão em face do arbítrio do Estatal, com o objetivo de se obter decisões pautadas de legitimidade de direitos individuais e que transmita segurança jurídica a sociedade. Contudo, é necessária atenção quanto a participação Juiz diante do instituto de produção de provas no processo, vez que o novo modelo abandona o sistema inquisitório e a busca incessante pela verdade e passa a consagrar o sistema acusatório, limitando a atividade probatória do juiz frente a persecução penal.

A seguir apresenta-se alguns conceitos da produção de provas no processo penal brasileiro.

4 Produção de Provas no Processo Penal Brasileiro

Uma das principais relações existentes entre o garantismo do autor Ferrajoli é a relação que o mesmo possui com o direito penal e processual penal. Isto porque o mesmo é base da teoria para se sustentar a legalidade, e sob esse aspecto o direito penal está mais ligado ao positivismo jurídico, com força por exemplo, pelos

princípios basilares do direito penal citando-se p princípio da legalidade, da reserva legal, ou até mesmo da tipicidade penal, onde, segundo Ferrajoli, não se pode permitir a relativização no momento da aplicação do direito pelo julgador ao réu ou executado. Levando-se em conta ainda que no momento da aplicação do direito não se deve permitir espaço para que o julgador use de seu conceito pessoal de moral ou justiça.

Deste modo no âmbito do Processo Penal Brasileiro, verifica-se um maior destaque ao garantismo, no contexto do instituto de provas durante a persecução penal, visto que ao longo da história do Direito Penal e de sua aplicação, sendo que há tempos o mesmo esteve fortemente marcado por uma falta de humanização, desproporcionalidade, confissões obtidas através de tortura, distinção social, dentre outros métodos primitivos e já superados, mas que sempre é importante serem citados, para que em hipóteses alguma possam regressar.

Além disso, pode-se afirmar que os males causados pelo sistema inquisitorial foram colocados por terra a partir das novas garantias fundamentais positivadas, porém é necessária atenção aos dispositivos inquisitoriais ainda presentes no atual sistema acusatório.

Atualmente o ordenamento jurídico vigente garante a separação entre o órgão acusado (Promotoria/ Ministério Público) do órgão que irá realizar o julgamento (Juiz/Tribunal do Juri), havendo assim a observação do princípio da imparcialidade do órgão julgador. É inaceitável em um Estado Constitucional Democrático de Direito a figura de um juiz que ao passo que acusa, também julga. Este modelo remete-nos aos tribunais da inquisição.

Segundo Ferrajoli tal distinção entre a figura que acusa e a figura que julga é fundamental,

A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa. (FERRAJOLI, 2002, pg. 567)

No ordenamento jurídico brasileiro o órgão acusador penal é o Ministério Público. Já o órgão julgador limita-se ao binômio da acusação imputação mais pedido, de modo que a decisão não pode ultrapassar as limitações impostas na acusação. É proibido segundo as leis vigentes que o órgão julgador decida *ultra*, *extra* e *citra petita*. Ao réu somente poderão ser atribuídos condenação e pena,

desde que o fato conste totalmente na acusação. A estes requisitos consagra-se os princípios da ampla defesa, e da imparcialidade do órgão jurisdicional.

Nesta perspectiva é de função do Ministério Público o ônus da prova sobre o fato ocorrido, além de considerá-lo como típico, ilícito, além de provar que o acusado é culpável. Todo esse processo deve ser realizado observando os princípios constitucionais dispostos na Constituição Federal de 1988, segundo preconiza-se que o Estado deixa de cobrar que o réu prove sua inocência, havendo a necessidade do Estado comprovar sua culpabilidade.

Neste novo panorama o réu é um sujeito detentor de direitos, fundado na dignidade da pessoa humana, passando somente ao status de condenado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes disso é considerado acusado.

A persecução penal dentre as muitas funções tem como a principal a busca pela verdade real. Em suma trata-se de descobrir a inteira veracidade dos fatos ocorridos. É durante esta fase que é realizada uma reconstituição do que ocorreu, como também são realizadas produção de provas, acareações, depoimentos, argumentação, para que o juiz possa aplicar a lei penal ao fato concreto ocorrido.

No decorrer do processo o exercício da função jurisdicional o magistrado possui a função de coordenar a atividade preparatória até o provimento final, fazendo valer uma investigação detalhada da realidade, adequada a produção de provas e as declarações das partes, como também deverá atuar de modo que sejam observados os direitos e as liberdades garantidos constitucionalmente.

O conceito do instituto de provas contemporâneo está ligado a uma fonte capaz de proporcionar a certeza sobre determinado fato delituoso, no intuito de convencer o julgador (magistrado, juiz, desembargador, ministro) durante a persecução penal.

Para Duclerc (2004, p. 16) a prova é um passo essencial no processo de decisão, sendo uma comunicação entre emissores e receptores (neste caso o juiz) que baseado no princípio do livre convencimento apresentará suas decisões sobre o fato, o processo.

Percebe-se, portanto, certo teor de relatividade e subjetividade no processo penal, atributos estes que são entranhados de historicidade, entrando em conflito com o atual Estado Democrático de Direito, levando em conta que a presença da

relatividade e subjetividade no sistema processual penal feri as garantias estabelecidas pela Constituição Federal com relação aos direitos do acusado.

É neste ponto que Ferrajoli apresenta o modelo garantista, frente a falta de proteção do cidadão frente as possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado, que ocorre com a quebra das garantias fundamentais. Trata-se da forma efetiva de aplicação dos direitos individuais, tornando-se possível o afastamento das ilegais decisões arbitrárias.

Por outro lado, existe corrente doutrinária que afirma que não existe quebra de garantia em razão da subjetividade presente na atividade judicial, visto que a Constituição Federal de 1988 concedeu ao Poder Judiciário um espaço a interpretação da Lei. Apresente-se neste sentido o entendimento de Miguel Reale Júnior,

o juiz não é apenas um fiel aplicador do ditame legal, em trabalho meramente cognoscitivo, mas realiza um trabalho construtivo, constitutivo, no qual o fato concreto assume um papel de incitamento, provocando que o intérprete no juízo decisório concretize a norma a partir do caso em exame. (REALE JÚNIOR, 2011, p. 306)

Em contrapartida ao entendimento da corrente acima mencionada este estudo entende pela defesa do modelo garantista visto que o mesmo está baseado na limitação do espaço interpretativo, pois acredita-se que somente assim se possibilitaria o fim do abuso de poder por parte do Estado, objetivo central da teoria garantista.

Nestes termos Ferrajoli ensina,

Este poder cresce – a expensas do poder de verificação das circunstâncias conotadas equitativamente – quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição ‘absoluto’, quando a insegurança é total (2014, p. 159).

Acerca da produção de provas no Processo Penal Brasileiro algumas importantes considerações devem ser feitas. A primeira é que a Constituição Federal de 1988 no artigo 5º inciso LVI afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A partir deste modo percebe-se que a persecução penal não poderá utilizar-se de meios ilegais para produzir provas, sob pena das mesmas não serem admitidas no processo.

Para melhor entender a teoria do garantismo apresentar-se á algumas considerações acerca do o instituto do valor probatório e juízo de valor.

4.1 O instituto do valor probatório e juízo de valor

O valor probatório na persecução penal brasileira tem muito peso. E, várias são as formas de se provar algo. O processo penal brasileiro aceita vários meios de prova. Lembrando que um dos principais fundamentos das decisões judiciais são as provas. Muitas sentenças baseiam-se em evidências, em provas que ligam o fato ao acusado.

Estes artefatos do valor probatório são conhecidos como meios de prova. Trata-se de ferramentas, recursos utilizados pelo Judiciário, tanto na fase de inquérito policial, como nas demais fases para se chegar ao que conhece-se por “verdade processual”. São métodos e procedimentos utilizados pelas autoridades judiciárias para se chegar a conclusões de materialidade, autoria do delito.

É aqui que muitos direitos constitucionais são ultrapassados. Até hoje nos tribunais brasileiros ainda se tem visto menções a membros da polícia judiciária praticando tortura, e outros meios ilegais para se chegar a uma conclusão, que nem sempre trata-se da verdade.

O Direito Processual Moderno, apresenta nesse sentido diferentes conceitos a respeito dos meios de prova e meios de obtenção de prova. No primeiro, os meios de prova, estão relacionados àqueles aptos a servir diretamente ao convencimento do juiz, seja a respeito de uma verdade ou uma negativa fática (BADARÓ, 2015).

O segundo, os meios de obtenção de prova tratam-se dos instrumentos para a colheita de elementos, ou fontes de provas, aptos a convencer o julgador. Cite-se como exemplos de meios de prova o depoimento de uma testemunha, e cite-se como meios de obtenção de prova o instrumento de busca e apreensão (BADARÓ, 2015).

Apresenta-se os conceitos de Guilherme Nucci a respeito dos meios de prova:

Meios de prova: são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Na lição de Clariá Olmedo, é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso (Tratado de derecho procesal penal , v. 1, p. 448). Os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento.

Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito (2014, p. 333).

Há uma corrente na doutrina que afirma que os meios de obtenção de prova implicam na restrição de direitos fundamentais do investigado. Principalmente direitos ligados a privacidade, a intimidade, ou a manifestação do pensamento. Esta corrente coaduna com a Teoria Garantista que afirma que os métodos utilizados pela persecução penal deverão observar aos princípios constitucionais. (BADARÓ, 2015).

Acerca do segundo os meios de obtenção de prova no entendimento de Guilherme Nucci,

Meios de obtenção da prova: o art. 3.º da Lei 12.850/2013 (Organização criminosa) estabelece serem meios de obtenção da prova os seguintes: a) colaboração premiada; b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; c) ação controlada; d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas e dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; g) infiltração, por policiais, em atividades de investigação, na forma do art. 11; h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou de instrução criminal. Nota-se, pois, existir diferença entre meios de prova e meios de obtenção da prova. A testemunha é um meio de prova, porque, por seu intermédio, prova-se algum fato relevante para o processo. Entretanto, a ação controlada (retardamento da prisão em flagrante) é apenas um mecanismo para obter provas; quando a autoridade policial atrasa a prisão de alguém, busca encontrar, por exemplo, agente mais importante para a organização criminosa. Em suma, a ação controlada procura provas mais eficazes, mas não é um meio de provar nada. O mesmo se diga da infiltração policial, como um meio de obter provas: quem, na realidade, tornar-se-á prova, nos autos, é o policial infiltrado, atuando como testemunha (2014, p. 334).

O Código de Processo Penal cita alguns meios de prova: exame de corpo de delito e perícias em geral, a confissão, as perguntas ao ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, documentos, os indícios, a busca e apreensão. Entende-se que o interrogatório do acusado seja um meio de defesa. Quando no decorrer do processo a confissão não é considerada como meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório. Não é objeto de estudo desta pesquisa aprofundar sobre cada um em específico em sim (BADARÓ, 2015).

A doutrina majoritária considera o indício como um meio de prova, o que ao nosso ver é uma afronta aos princípios constitucionais, pois não se trata de uma prova em si e sim de fato que permite um raciocínio indutivo-dedutivo da existência de outro fato.

Os chamados meios de obtenção de prova são também chamados de meios de investigação, ou até mesmo pesquisa de provas. Tratam-se de instrumentos para a colheita de fontes ou elementos da prova (BADARÓ, 2015).

O Código de Processo Penal apresenta como único meio de obtenção de prova a busca e apreensão. Tratam-se de formas com que a parte faça para obter alguma prova. Cite-se aqui como exemplos gravação telefônica, fotografia, vídeo, interrogatório, entre outros; todos são considerados meios de prova.

Já com relação ao juízo de valor, está ligado a quanto aquela prova influenciou a decisão do magistrado, do tribunal do júri e etc. Geralmente as provas são bastante influenciadoras nas decisões, e em muitos casos até mesmo citadas nas sentenças.

Deste modo pode-se perceber que o juízo de valor é um instituto do Direito Processual Penal de grande valia.

4.2 Elementos Legais da Produção de Provas

O Código de Processo Penal em obediência a Constituição Federal não aceita qualquer tipo de prova, e nem qualquer método de obtenção. O conceito de provas está na demonstração real do que se está alegando. Segundo o que ensina Paulo Rangel, “(...)o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, Juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes do fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa (2005. p. 413).”

Segundo Norberto Avena (2017, p. 315) prova“(...) é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias.”

Por fim Guilherme de Souza Nucci:

[...] o termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (2014, p. 325).

E qual seria o objetivo da prova? De acordo com Avena (2017) a produção da prova objetiva auxiliar a formação do convencimento do juiz, no que diz respeito à veracidade das alegações das partes em juízo. Assim sendo, percebe-se que a produção de provas não se destina as partes, e sim ao magistrado, possibilitando assim que haja o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal.

Portanto, a produção de provas objetiva formar a convicção do magistrado, principalmente sobre os elementos necessários para a decisão da demanda.

Sabendo que o processo penal trata-se de uma controvérsia fática, onde um acusa e o outro defende-se. O primeiro representado pelo Ministério Público (ou querelante) e o segundo pelo acusado e advogado.

De acordo com Badaró (2015) a “(...) prova é apontada como meio pelo qual o magistrado chega a verdade. ” Deste modo o convencimento do Magistrado está a partir das provas se houve ou não o ocorrido, alegado pelo Ministério Público ou pelo Querelante.

Para melhor entendimento da questão apresenta-se os conceitos de Guilherme de Souza Nucci sobre os sentidos da prova, o meio, e o resultado,

Sentidos da prova: há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo (2014, p. 329).

Sabendo que encontrar a verdade absoluta num processo é utopia. O que se encontra é a chamada verdade processual, entendido como a chegada a um valor que legitima a atividade jurisdicional. Nestes termos não se pode considerar como justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado de acordo com regras que realmente verifiquem a veracidade dos fatos. Ainda que a verdade processual esteja longe de ser uma verdade absoluta, seria processualmente falando a maior aproximação possível da verdade (com as ferramentas disponíveis pelo Processo Penal) (BADARÓ, 2015).

Encontrar a verdade não é algo fácil, ainda que seja um desafio não é por isso que pode-se abrir mão da mesma. Neste sentido num processo o juiz busca encontrar a verdade dos fatos ou aquilo que mais se aproxima deles.

Norberto Avena apresenta importantes considerações sobre a produção de provas:

O Código de Processo Penal, a partir do Título VII, contemplou um conjunto de regras que regulamentam a produção de provas no âmbito do processo criminal. Para tanto, estabeleceu normas gerais relacionadas aos critérios a serem utilizados pelo magistrado na valoração dos elementos de convicção carreados ao processo e ao ônus probante, bem como disciplinou determinados meios específicos de prova, ou seja, elementos trazidos ao processo capazes de orientar o juiz na busca da verdade dos fatos (2017, p. 314).

Pode-se apontar como regras que regulamentam a produção de provas no âmbito do processo criminal: perícias, interrogatório (do acusado), confissão, ofendido, testemunhas, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, indícios, busca e apreensão (AVENA, 2017).

Existe atualmente uma corrente de juristas que crítica veementemente o Código de Processo Penal sob o pretexto de que o mesmo é desatualizado no âmbito das provas, todavia não se pode considerar que o Código de Processo Penal seja um código limitado quanto aos meios de prova, tampouco interpretá-lo de forma restrita a ponto de considerar-se como exaustiva a regulamentação nele inserida.

Entende-se que a regulamentação dos meios de prova existentes no Código de Processo Penal não são taxativas, sendo bem aceitos os considerados meios de provas atípicos ou inominados, de modo que sem regulamentação expressa em lei, a amplitude que se toma, na busca da verdade real que, sempre, será o fim do processo penal (AVENA, 2017).

Para melhor entender a questão aborda-se as provas ilícitas, ilegítimas e antecipadas.

Entende-se por provas ilícitas aquelas obtidas infringindo algum direito material.

Apresenta-se o conceito de Alexandre de Moraes,

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico (2011, p.95).

As provas ilícitas, conceituadas por alguns doutrinadores também como provas ilegais são divididas em três espécies: as ilícitas, obtidas mediante violação direta ou indireta da Constituição Federal; as ilícitas por derivação, que correspondem a provas que, conquanto lícitas na própria essência, se tornam viciadas por terem decorrido de uma prova ilícita anterior, ou até mesmo em virtude de uma situação de ilegalidade; e, finalmente as ilegítimas, entendidas como àquelas obtidas ou produzidas com ofensa a disposições legais, sem nenhum reflexo em nível constitucional.

Apresenta-se os conceitos de Avena sobre o tema,

Antecipamos que, apesar de parte da doutrina reputar que a diferença entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas teria deixado de existir com as alterações introduzidas pela Lei 11.690/2008 ao art. 157 do CPP, a nosso ver, persistem as distinções, pois decorrem da exegese do art. 5.º, LVI, da CF, restando, desse modo, impassíveis de superação por normas infraconstitucionais (2017, p. 327).

O entendimento deste estudo é de que há distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, frente ao descrito no artigo 5º da Constituição Federal. Segundo o artigo 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova está naquele que faz as alegações, ou seja, no caso do Processo Penal o Ministério Público (ou o querelante). Estes são os donos da ação, e devem provar a veracidade do fato alegado.

Este entendimento é pacífico. Silva ensina que,

No processo penal, autor e réu almejam provar suas alegações objetivando o convencimento do magistrado. O direito de produzir provas das partes está inserido no âmbito do devido processo legal. Ressalte-se que em matéria criminal, considerando a presunção de inocência do acusado, o ônus da prova cabe a (à) acusação, o que não impede que a defesa as produza. Além das partes poderem requerer tal produção, pode o juiz determinar de ofício a realização de provas por força do artigo 156 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/08 (2011, p. 01).

Não é admitido segundo o texto constitucional as provas ilícitas. Também o artigo 157 do Código de Processo Penal e o artigo 5º inciso LVI,

(...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Para Nucci,

Provas ilícitas: dispõe o art. 5.º, LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No Código de Processo Penal, encontra-se o disposto no art. 155, parágrafo único, preceituando que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Por outro lado, no Código de Processo Civil, encontramos que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332, com grifo nosso). A partir da reforma trazida pela Lei 11.690/2008, passou-se a prever, explicitamente, no Código de Processo Penal, serem ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, além de se fixar o entendimento de que também não merecem aceitação as provas derivadas das ilícitas, como regra. Por isso, o disposto na lei processual civil era mais rigoroso do que o estabelecido pela processual penal. Parece-nos que, agora, todas as normas devam ser interpretadas em consonância com o texto constitucional, valendo-se, também, o operador do Direito da analogia e da aplicação dos princípios gerais de direito (cf. art. 3.º, CPP). Em síntese, portanto, pode-se concluir que o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito (2014, p. 340).

Existe atualmente uma tendência tanto na doutrina como na jurisprudência em aceitar certas exceções quanto aplicação destas normas dispostas tanto na Constituição Federal de 1988 como no Código de Processo Penal, indo totalmente contrário ao garantismo de Ferrajolli.

A primeira tendência é aceitar provas derivadas de provas ilícitas, fundamentado na teoria dos frutos da árvore envenenada. Grande parte da doutrina rechaça a aceitação desta prova, no caso de não ter sido evidenciado o nexo de causalidade entre as provas ilícitas ou derivadas. Para este grupo estas provas não podem ser utilizadas. A exceção encontra-se na hipótese quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das provas ilícitas, neste caso muitos doutrinadores afirmam que pode ser utilizada (GOMES, 2009).

A segunda corrente apoia as provas Ilícitas que são favoráveis ao réu. Neste caso a doutrina não diverge quanto ao entendimento que: “não devem ser aceitas provas ilícitas que prejudiquem o réu”.

Todavia este entendimento é uma faca de dois gumes, pois existem casos onde o resultado (admissão da prova tida como ilícita para poder beneficiar o réu) é mais vantajoso para o sistema jurídico acusatório do que a restrição de direitos (liberdade, ampla defesa e presunção de inocência) com a consequência inadmissibilidade da prova ilícita (BARROSO, 2016).

Com base no instituto da proporcionalidade resta no caso concreto em decidir se pode-se admitir uma prova ilícita em favor do réu ou não. O garantismo de Ferrajoli vai de encontro a qualquer aceitação que burle o descrito no texto constitucional (BARROSO, 2016).

Sobre a utilização da prova ilícita em favor do réu há uma corrente tripla que afirma que se for desligada e inutilizada a prova, não haverá meio da mesma servir de fundamento para formar a convicção do julgador. Três são as interpretações advindas do artigo 157 do Código de Processo Penal (AVENA, 2017).

Na primeira sobre a obrigação de desentranhamento da prova declarada inadmissível, sendo que § 3º impõe que haja inutilização. Há o posicionamento de que talvez estejamos frente a uma interpretação bastante rigorosa do art. 157, caput e de seu § 3.º, compreendendo-se como a intenção do legislador em estabelecer a paridade de armas entre acusação e defesa. De forma a exterminar a orientação jurisprudencial, que opta pelo seguimento do princípio da proporcionalidade, onde torna-se possível a utilização da prova ilícita em favor do réu quando for a única forma de comprovar-lhe a inocência (AVENA, 2017).

A segunda corrente está no entendimento que o artigo 157, § 3.º, permite que o juiz, ainda que reconheça a prova como ilícita, decida por não desligá-la dos autos do processo, e se caso proceder dessa forma em não inutilizá-la. Ainda que o magistrado reconheça a ilicitude da prova, poderá o magistrado não desentranhá-la ou não inutilizá-la, frente a possibilidade excepcional de sua utilização, em favor do réu, quando no caso concreto, se concluir que dificilmente aparecerão outras provas que conduzam à verdade real (AVENA, 2017).

Esta discussão se dá em virtude do termo “decisão” disposto no § 3.º do artigo 157, ao se referir ao desentranhamento da prova ilícita como pela sua inutilização, o que sugere possibilidade de escolha, opção do julgador.

A terceira corrente admite que a prova reconhecida como ilícita por decisão transitada em julgado deverá ser obrigatoriamente desentranhada do processo (art. 157, caput), sendo facultado ao magistrado em decidir por sua inutilização ou não (art. 157, § 3.º). Este entendimento objetiva-se em harmonizar o caput do art. 157 do Código de Processo Penal com o §3.º, frente a interpretação literal destes dispositivos tornando-os contraditórios. Pois de um lado o o caput obriga ao desentranhamento da prova ilícita, o § 3.º aborda uma decisão de desentranhamento, sugerindo que possa o magistrado escolher por desentranhá-la

ou não. Portanto conclui-se que o § 3.º, quando se refere à “decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível”. Trata-se de uma impropriedade redacional, podendo somente conciliá-la interpretando-a na primeira parte do artigo como negativa à decisão de desentranhamento, mas sim à decisão que declarar a prova inadmissível (AVENA, 2017).

A doutrina critica o fato de que enquanto a promotoria não aprova a aceitação de provas ilícitas se produzidas de boa-fé, pergunta-se: como um agente público, produz prova ilícita de boa-fé? Sabendo que a mesma é ilícita em tese não se pode utilizá-la.

Com relação a hipótese de se criar uma legislação que compactua com provas ilícitas, provavelmente o STF a rejeitará frente a garantia constitucional clara e inequívoca.

Em suma entende-se que são consideradas como ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas que possuam conteúdo material (assecuratório de direitos), sendo necessário que tal violação acarrete direta ou indiretamente, a ofensa a garantia ou a princípio constitucional. Como exemplos de provas ilícitas (AVENA, 2017):

- A interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, o que implica violação direta da garantia constitucional inserida no art. 5.º, XII, da CF.
- A prova obtida mediante violação de correspondência lacrada, importando em violação direta da garantia constitucional inserta no art. 5.º, XII, da CF.
- A Busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, abstraídas as hipóteses de flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador, daí ocorrendo violação direta do art. 5.º, X, da Carta Magna.

Outros exemplos de provas ilícitas segundo Avena decorrentes do afrontamento indireto da Constituição Federal, isto é, dispositivos infraconstitucionais com conteúdo material, ainda que inseridos em diplomas processuais:

O Interrogatório judicial do réu sem a presença de advogado, violando-se, diretamente, o art. 185 do CPP e indiretamente o art. 5.º, LV, da CF. Interrogatório judicial do réu sob coação, violando-se, com isso, diretamente, o direito ao silêncio estatuído no art. 186 do CPP e, indiretamente, o privilégio constitucional da não autoincriminação, que decorre, entre outros princípios, do art. 5.º, LXIII, da Carta Magna (2017, p. 328).

Via de regra, o Código de Processo Penal entende que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos (art. 157, caput) e que, quando preclusa a decisão de desentranhamento da prova, e a mesma sendo declarada inadmissível, será inutilizada, facultado às partes acompanhar o incidente (art. 157, § 3.º).

Percebe-se claramente que, ainda que a prova ilícita seja retirada e inutilizada, pode já ter gerado efeitos e ainda que não usada como fundamento da sentença, acaba por interferir no convencimento do magistrado. Sobre a aceitabilidade da prova ilícita Nucci leciona,

Aceitabilidade da prova ilícita: havemos de promover melhor esclarecimento neste tópico, quanto à utilização das teorias da proporcionalidade e da prova ilícita por derivação. Em verdade, não se tratam, necessariamente, de teses contrapostas, embora se possa observar que o adepto da teoria da proporcionalidade tem a tendência de não acatar a ilicitude por derivação, assim como quem sustenta a ilicitude por derivação busca o afastamento da teoria da proporcionalidade. Pensamos que a prova obtida por meio ilícito deve ser considerada, sempre, inaceitável, ao menos para amparar a condenação do réu. O Estado não deve promover, em hipótese alguma, a violação da lei para garantir a efetividade da punição em matéria criminal. Chega a ser um contrassenso permitir a prática de um crime (como, por exemplo, a realização de grampo, sem ordem judicial) para apurar outro delito qualquer. Infração penal por infração penal, a sociedade não se tornará mais justa porque uma foi punida e a outra, cometida sob amparo estatal, serviu de base para a condenação da primeira. A denominada teoria da proporcionalidade (“teoria da razoabilidade” ou “teoria do interesse predominante”) tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Sustentam os defensores dessa posição que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um sequestro, libertando-se a vítima do cativo, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina. Essa teoria vem ganhando muitos adeptos atualmente, sendo originária da Alemanha. Sob nosso ponto de vista, não é momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância (2014, p. 344).

Conclui-se que via de regra as provas ilícitas são inadmissíveis, cabendo exceção para alguns casos e algumas teorias.

Já as chamadas provas ilegítimas são as produzidas a partir da violação de regras de natureza eminentemente processual, ou seja, normas que têm fim em si próprias. Em suma as provas ilegítimas seriam aquelas que violam normas processuais e os princípios constitucionais tutelados.

Como exemplo de prova ilegítima pode-se apontar a perícia realizada por apenas um perito não oficial. Neste caso viola-se a regra geral do art. 159, § 1.º, do CPP, que ensina que:

(...)a falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame (BRASIL, 1941).

Oposto ao que se dá na ilicitude, na ilegitimidade é possível imaginar a norma violada com disposição oposta à que contém, sem que, com isso, nela se vislumbre qualquer inconstitucionalidade. Pode-se entender portanto que as provas ilegítimas, são aquelas provas obtidas com violação de norma de direito processual, que ensejam a aplicação de sanção prevista na norma em referência, a qual pode acabar com a chamada declaração de inadmissibilidade ou decretação de nulidade da prova.

Importantes são as considerações de Távora e Rodrigues (2012, p. 381) afirmando que “As provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 1º do CPP).”

Considera-se portanto provas ilegais as provas ilegítimas classificadas como àquelas que tentam contra as normas processuais, atentam contra o direito formal. São provas que a lei processual cuida expressamente de excluí-las.

Esta afirmativa consubstancia-se no entendimento de Antônio Alberto Machado:

A lei processual veda explicitamente a utilização de algumas provas, não porque elas sejam propriamente ilícitas, mas porque são insuficientes para a comprovação de determinado fato, ou porque ferem a isonomia processual. Em regra, são provas que não bastam para a demonstração de um fato ou ato jurídico em juízo, portanto, não exibem valor probante suficiente; ou ainda que forem trazidas de modo extemporâneo para o processo, ou que forem produzidas sem a observância de alguma formalidade processual (2010, p. 435).

Pode-se entender que tanto provas ilícitas e ilegítimas são inadmissíveis, afrontando a princípios como o do devido processo legal quanto ao meio de obtenção, não podendo assim ser juntadas aos autos do processo, devendo ser de imediato sacada dos mesmos autos.

Os tribunais brasileiros têm entendido dessa forma conforme pode-se verificar no julgado a seguir:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.[...] A cláusula constitucional do due process of law - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.[...] grifo nosso) (STF - RE: 251445 GO,

Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2000, Data de Publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068.)

Neste caso foram tratados sobre as provas ilícitas, contudo as ilegítimas, são consideradas como nulas, podendo até permanecer nos autos do processo, mas devem ser consideradas inválidas o que torna possível a mesma ser renovada, ou seja, poderá ser refeita.

As provas antecipadas são como o nome o prediz realizadas de forma antecipada. Pode-se apresentar um exemplo como nos casos de estupro. Isto porque o sêmen humano perde a validade com o passar do tempo, e o Juiz pode pedir que este material seja analisado com objetivo de preservar a prova a uma possível elucidação posterior, tanto condenação como inocência.

De acordo com o Código de Processo Penal, é possível que o magistrado determine a produção antecipada de provas, principalmente nos casos onde as mesmas forem consideradas urgentes, ou na hipótese do acusado ser citado por edital, e até mesmo por não comparecer nem constituir advogado, quando então o processo ficará suspenso.

Apresenta-se o entendimento de Nucci,

Momentos cabíveis para a produção de provas determinadas pelo juiz: a reforma trazida pela Lei 11.690/2008 ampliou a faculdade do juiz de determinar a formação de provas, possibilitando-lhe atuar, antes mesmo de iniciada a ação penal (inciso I do art. 156). No mais, manteve-se fiel ao já preceituado anteriormente, permitindo a produção de provas, de ofício, durante a instrução ou antes de proferida a sentença (inciso II do art. 156). É certo que não foi a introdução do atual inciso I ao art. 156 o fator determinante para que o juiz pudesse determinar a produção de qualquer prova, antes de iniciada a ação penal, uma vez que, acompanhando a investigação policial, tornava-se natural a possibilidade de exercer o seu poder geral de cautela, ordenando a colheita de alguma prova. Entretanto, passa a ser explícita essa possibilidade, não podendo a parte alegar surpresa nem tampouco parcialidade do magistrado se assim atuar (2014, p. 338).

Estas ações de antecipação se dão no sentido de que tais provas podem perder com o passar do tempo sua potencial utilidade, que é auxiliar na descoberta da verdade real (verdade processual), que rege o processo penal (GOMES, 2010).

Novamente nos referimos a Nucci sobre a produção antecipada de provas,

Produção antecipada de provas: é um procedimento incidente, de natureza cautelar, determinado de ofício pelo juiz, quando entender indispensável a produção de provas, consideradas urgentes e relevantes, antes de iniciada a ação penal, pautando-se pelos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade. Deve-se adotar, por analogia, o disposto nos arts. 846 e

seguintes do CPC, no que for aplicável. De todo modo, autua-se à parte o procedimento de colheita antecipada de provas, intimando-se as partes interessadas (Ministério Público, querelante, assistente, indiciado e defensor, se for o caso) para acompanhar o seu trâmite. Não tendo sido iniciada a ação penal, pode até mesmo não ter ocorrido, ainda, o formal indiciamento. Por isso, parece-nos fundamental que o juiz indique um defensor público para acompanhar a produção da prova. Se houver alguém indiciado, deve ser intimado para a produção cautelar da prova, devendo comparecer acompanhado de advogado. Se não o fizer, um defensor dativo (ou público) deve ser indicado pelo magistrado. Havendo querelante e/ou assistente serão, também, cientificados. O Ministério Público estará sempre presente (como titular da futura ação penal pública ou como fiscal da lei, em caso de ação privada). Trata-se de uma prova determinada pelo juiz e, como já se frisou, de natureza cautelar, razão pela qual as partes podem participar ativamente. Tratando-se da oitiva de testemunhas, têm elas o direito de fazer reperguntas. Cuidando-se de prova pericial, é viável o oferecimento de quesitos e a indicação de assistentes técnicos (2014, p. 339).

Segundo o artigo 366 do Código de Processo Penal,

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 (BRASIL, 1941).

A jurisprudência não é uníssona quanto as hipóteses fáticas que realmente justificam a produção antecipada de provas. Os críticos a tal produção argumentam haver requisitos mínimos presentes para se admitir a antecipação da prova na hipótese de suspensão do processo (GOMES, 2010).

Há alguns críticos da produção antecipada que advogam haver constrangimento ilegal a decisão que aceita a produção antecipada de provas, frente somente a alegação de temporalidade da memória das testemunhas (RHC 21.519-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27/9/2007).

Existe pensamento contrário. É o caso do Tribunal da Cidadania, através do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, entende não haver qualquer constrangimento em se determinar a produção antecipada de provas, quando de fato haja demora na sua produção, e essa possa prejudicar a busca da verdade dos fatos. Estando totalmente justificável o fundamento de que há sim probabilidade das testemunhas não se lembrarem do que haviam presenciado (HC 140.107 – SP, julgado em 17 de junho de 2010).

O STJ editou a súmula a seguir com objetivo de pacificar a discussão, com a seguinte redação: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com

base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. ”

A partir destes argumentos verifica-se que é totalmente plausível a possibilidade de se antecipar a produção de provas no Processo Penal brasileiro. Isto tanto é realidade que o Código de Processo Penal a permite no artigo 225 quando trata da antecipação da tomada das declarações da testemunha quando houver receio de que ao tempo da instrução criminal já não se possa fazê-lo e no caso do acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficando assim suspenso o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (GOMES, 2010).

5 Efeitos da não concretização do garantismo no âmbito de produção de provas no processo penal

Por fim, conclui-se que o garantismo trata-se de teorias penais e processuais penais ligadas a proteção constitucional dos direitos do indivíduo que entra em choque com arbitrariedades que porventura possam se cometidas pelo Estado.

Sobre os possíveis efeitos da não concretização do garantismo na produção de provas inicia-se pela aceitação de provas obtidas por meios que não sejam lícitos. Nesse sentido existe uma gama de doutrinas que defende a aceitação de provas que não estejam totalmente balizadas pelo diploma constitucional, e o entendimento do texto de 1988 é de que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. ”

Também é possível afirmar categoricamente que no Processo Penal, o ônus da prova recai todo sobre aquele que acusa. Nestes termos apresenta-se o disposto no artigo 156 do diploma em comento,

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Acréscitado pela L-011.690-2008)

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).

O dispositivo deixa bem claro que o ato de provar está fundado na regra *onus probandi*, ou seja, encarregado de provar, regido pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*, de forma que incumbe-se o ônus da prova ao o autor da tese levantada.

Isto porque se o órgão acusador tivesse a liberdade de apresentar alegações com base “em meras informações”, depoimentos, inúmeras arbitrariedades haviam sido cometidas, como também, muito inocentes estariam no cárcere.

Assim sendo o Ministério Público como ente/parte a que está incumbido a acusação deverá demonstrar no processo a existência do fato imputado, como também a autoria, a tipicidade, os elementos subjetivos (dolo ou culpa), existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras.

Pode-se entender portanto que está totalmente na mão do acusador a tarefa de provar o fato típico, ilícito e culpável com todas as suas circunstâncias.

Em verdade com base no princípio da presunção da inocência, garantido constitucionalmente o réu nada tem a provar, pois o responsável por atribuir-lhe as provas, oferecer elementos que lhe possam atribuir a culpa é a acusação. A única incumbência do réu num processo penal acusatório é de se opor à pretensão acusatória.

Um segundo ponto a ser apontado como possíveis efeitos da não concretização do garantismo no âmbito de produção de provas no processo penal é a não observância dos princípios que regem a produção de provas. A produção de provas é regida por alguns princípios sendo contraditório, da ampla defesa, da auto responsabilidade, e muitos outros.

Estes princípios dão sustentabilidade a forma de obter provas, sendo limitadores do poder de agir por parte do Estado. Deste modo como princípios gerais das provas no Direito Penal, como sendo: contraditório, comunhão, oralidade, subprincípio da concentração, imediação, princípio da publicidade (salvo nos casos de segredo de justiça), autorresponsabilidade das partes, não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Na atualidade existindo todo este arcabouço legal que proíbem a ação fora dos limites por parte do Estado na produção de provas, ainda percebe-se volta e meia noticiado nos meios de comunicação casos de tortura, de confissões e depoimentos baseados em coação e outros métodos medievais.

Em verdade o garantismo não deseja promover uma vantagem do acusado/réu sobre a acusação, e sim igualar em condições, visto que a nossa história sempre evidenciou que quando poderes absolutos e desiguais são obtidos, muitas arbitrariedades são cometidas, e não há limite para a injustiça.

Assim, conclui-se que o garantismo é uma teoria que deve ser aceita pelo Direito Processual Penal não com objetivo de proteger, ou dar vantagens aos acusados, tão somente observar o que está descrito na Constituição Federal, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro entende que este é o texto maior vigente, devendo ser o primeiro a ser observado. As demais Leis como exemplo o Código de Processo Penal, deverão observar o que está descrito na Constituição, sob pena de serem invalidadas. Por fim e com base em tudo aqui exposto pode-se afirmar que no Processo Penal não há acusação sem prova, e não há prova sem defesa.

6 CONCLUSÃO

Após todos estes argumentos favoráveis a observação do garantismo frente a produção de provas no Processo Penal pode-se concluir que os últimos 30 anos foram marcados por intensas transformações legais a respeito da produção de provas.

Tais transformações trouxeram algumas doutrinas que não coadunam com o entendimento constitucional a respeito da admissibilidade no processo de provas por meios ilícitos.

Este entendimento vai de encontro a teoria garantista, pois num processo penal na grande parte das vezes o acusado se coloca em posição inferior a acusação, visto que pouquíssimos atos são realizados com a sua participação, ficando basicamente a critério da polícia judiciária e o Ministério Público desenvolver todas as ações que comprovem que o mesmo praticou o ato ilícito.

Nesse sentido entende-se como uma forma de equilibrar as relações entre acusação e defesa, ou até mesmo observar os princípios descritos constitucionalmente opta-se pela observação da teoria garantista na produção de provas no Direito Processual Penal. Isso porque temos verificado na doutrina um entendimento de admissão em alguns casos de provas ilícitas, encontro fortuito,

ilegítimas, que sem dúvidas coloca o acusado que já está em desvantagem no processo penal, em condição ainda pior.

Faz-se necessário compreender que a Constituição Federal sendo considerada a Lei de maior grau no ordenamento jurídico, busca através das suas garantias individuais, proteger os direitos dos cidadãos tutelados, inclusive daqueles que estão sendo acusados e estão num processo penal.

Assim sendo a proposta de Ferrajoli não decide trazer maior vantagem ao réu, e sim buscar equilibrar as relações visto que a nossa história sempre evidenciou que quando poderes absolutos e desiguais são obtidos, muitas arbitrariedades são cometidas, e não há limite para a injustiça.

Portanto o garantismo é uma teoria que deve ser aceita pelo Direito Processual Penal não com objetivo de proteger, ou dar vantagens aos acusados, e sim de observar o que está descrito na Constituição Federal de 1988, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro entende que este é o texto maior vigente, devendo ser o primeiro a ser observado, sendo seguido pelo entendimento das demais Leis.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALMEIDA, Mauricio B. **Noções básicas sobre metodologia de pesquisa científica**. Disponível em <<http://mba.eci.ufmg.br/downloads/metodologia.pdf>> Acesso em 07 de fevereiro 2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BARROSO, Sérgio Luiz. **Quais as exceções que admitem o uso das provas ilícitas no processo penal?** 2016. Disponível em:< <https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/388854425/quais-as-excecoes-que-admitem-o-uso-das-provas-ilicidas-no-processo-penal>> Acesso em 20 de maio de 2019.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282.096 – SP (2013/0376972-4)**. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 – Sexta Turma. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25070615/habeas-corpus-hc-282096-sp-2013-0376972-4-stj/inteiro-teor-25070616>> Acesso em 21 de Maio de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm> Acesso em
 12 de maio de 2019.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em: Habeas Corpus nº 282.096 – RJ (2010/0140512-1).** Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2012, T5 – Quinta Turma. Disponível em <
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23023968/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-28794-rj-2010-0140512-1-stj/relatorio-e-voto-23023970>>.
<http://www.aacademica.org/repositorio.digital.uemg.frutal/45>> Acesso em 21 de maio de 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>

CASTILHOS, Lúri Fernandes de. **A sistemática processual penal sob a ótica garantista.** 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/46075/a-sistematica-processual-penal-sob-a-otica-garantista> >. Acesso em 21 de Maio de 2019.

CANÁRIO, Pedro. **Constituição brasileira é das mais avançadas do mundo.** 2013. disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli> > Acesso em 21 de Maio de 2019.

CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, V. **Fundamentos da constituição.** Coimbra: Coimbra ed., 1990.

MENDES, G.F. Controle de constitucionalidade. São paulo: Saraiva, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Ferrajoli, a Filosofia do Direito e o Garantismo Penal.** 2018. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/07/11/ferrajoli-filosofia-do-direito-e-o-garantismo-penal/>> Acesso em 21 de Maio de 2019

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais.** 2009. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>> Acesso em 21 de Maio de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Súmula 455 do STJ: produção antecipada de prova. Justificação.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 21 de Maio de 2019.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial.** Coleção Ciências Criminais. Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.474.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.360.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. .13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 18.ed., São Paulo: Atlas, 2014. Pag. 327-440.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Para Além do Garantismo: Uma Proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Ana Patricia G. **Análise de doutrina e jurisprudência acerca da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e sua recente flexibilização**. 2011. Disponível

em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-pen>
Acesso em 21 de Maio de 2019.